

《院生応募論文（2011年度）》

## 贈与契約における責任制限法理の一考察 —ドイツ民法典における責任制限規定を中心に—

萩原基裕☆

### Die Haftungsbeschränkungsprinzipien im Schenkungsvertrag : Über die Haftungsbeschränkungsvorschriften im BGB

Motohiro Hagiwara

#### 目次

- I はじめに
- II BGB 立法過程における無償行為者の責任制限規定の概観
- III 帰責基準の制限規定（BGB521条）
- IV 目的物の瑕疵に関する責任制限規定（BGB523条・524条）
- V 総括および日本法への示唆
- VI 結びに代えて

#### I はじめに

##### 一 問題の所在

本稿は、ドイツ民法典（BGB）521条等に規定される無償行為者の責任制限規定について、特にドイツ贈与契約法における3つの規定を中心に、その解釈をめぐる同法の判例理論および学説の展開を参照し、これをもって日本民法における贈与契約の責任制限規定の解釈を試みることを目的とする<sup>(1)</sup>。

日本民法では、551条1項において贈与者について目的物の瑕疵等に対する責任を制限している<sup>(2)</sup>。立法者によれば、その理由は贈与契約の性質上当然であるというが<sup>(3)</sup>、射程は明らかでない。たとえば、立法者によれば、いわゆる完全性利益侵害の場合についても同条の要件を満たす限り免責が働くとされるが、現代の責任規範論からみればこの理解には疑問が生ずる<sup>(4)</sup>。また、学説でも、何れの見解も551条1項による責任制限を正しく評価しているとは言い難く<sup>(5)</sup>、同条が問題となった判例も存

☆法学研究科 民事法学専攻

(1) 以下、BGBの条文を挙げる際には原則としてアラビア数字のみによって表記することとする。

(2) 同様の趣旨の規定として、民法590条2項（無利息消費貸借）および596条（使用貸借）がある。

(3) 法典調査会『民法議事速記録9』（法務図書館、1981）297頁以下。

在しない。そこで、551条と同趣旨の規定が存在するドイツ法における議論を参照することで、日本法における無償行為者の責任制限規定に関する一視座を与えることとしたい。

しかし、贈与契約、引いては無償契約における責任制限規定を考察することは、そうした規定そのものの射程や制限の対象となる義務を明らかにするという意義にとどまらない。無償契約のような当事者の一方のみが利益を得るという取引類型において、利益を得ない当事者＝無償行為者に、責任や注意義務の程度などに関して何らかの配慮をするという考え方は、古くはローマ法にまでさかのぼることができる。ローマ契約法では、使用貸借、寄託、委任といった、現代契約法においても典型契約として規定されている無償契約類型について、利益原理という法理が通用していた。同法理によれば、契約から一方当事者のみが利益を得ているのか、あるいは両当事者が等しく利益を得ているのかといった点に着目し、利益を得ない当事者の責任を軽減する、具体的には、悪意（dolus）や重大な過失のある場合にのみ責任を負えばよいといった配慮がなされていた<sup>(4)</sup>。利益原理が現代法に影響を及ぼしているか否かは別として、一方的に出捐を行う当事者の責任や義務に配慮するという考え方は現代の各国法典にも見受けられる。日独法においては、前述のように責任制限規定が定められ、仏法においても使用貸借契約や無償委任の場合に責任制限を定めている。しかし、「無償契約の一定の類型について、責任や注意義務を軽減する規定が存在する」という点では共通するものの、相違点も存在する。日本法とドイツ法に関しては、贈与、使用貸借、無償寄託について責任制限規定があることは共通するが、日本法では、無利息消費貸借の場合も担保責任の制限がある一方で、贈与法・使用貸借法において、帰責基準を制限する趣旨の規定はない。フランス法では、無償委任に関して、過失の判断を緩やかにするという規定がある点が特徴的である。このように、無償契約類型すべてについて同様に責任制限規定が置かれているわけではなく、また、各国で一致した規定がなされているわけでもない。そこで、こうした責任制限規定に関する異同に着目し、各国における責任制限規定の歴史的変遷や、解釈の推移などを参照していくことで、各国契約法における責任制限の基準やその本質を明らかにすることもできるのではないかと考える。そして、無償契約における責任論を通じて、無償契約と有償契約との本質的差異や責任構造の違いの有無等を明らかにするための一端とすることもできるのではないだろうか。

(4) 完全性利益は、債権者の生命、身体、その他財産などの保持に関わる利益であるところ、現代の責任論においては同利益の侵害に対しいかなる規範によって保護が図られるべきかという問題が提起されている（詳しくは、長坂純『契約責任の構造と射程』（勁草書房、2010）参照）。

(5) たとえば、551条1項による制限を法定無過失責任である担保責任の制限とする見解（我妻栄『新訂 債権各論 中巻一』（岩波書店、1957）232頁）、立法者意思を踏襲する見解（来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）239-240頁）、債務不履行責任の制限とする見解（加藤雅信『新民法大系Ⅳ 契約法』（有斐閣、2007）177-178頁）などがある。

(6) ローマ法における責任制限法理としての利益原理について詳しくは、拙稿「無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する一考察—ローマ契約法における責任制限法理としての利益原理を中心に—」法学研究論集35号（2011）263頁以下参照。

## 二 本稿の射程

そこで、本稿では、こうした責任制限法理に関わる研究のひとつとして、ドイツ民法典贈与契約法における責任制限規定を中心に、その起草過程や現代における判例・学説による解釈論を参照したい。無償契約における責任制限規定には、贈与契約に関する規定以外にも、使用貸借や寄託において見られるが、本稿では、紙幅の都合もあり、贈与契約に関するドイツ法の状況を考察するにとどめたい。以下、起草過程を概観したのち（Ⅱ）、521条および523条・524条に関する判例および学説の状況を整理する（Ⅲ）。そして、最後に総括と若干の私見を展開したい（Ⅴ）。

## Ⅱ BGB 立法過程における無償行為者の責任制限規定の概観<sup>(7)</sup>

### 一 帰責基準の制限規定（第一草案442条）

BGBにおける贈与契約の責任制限規定を扱うに際しては、その立法趣旨を参照しておくことも肝要であると思われる。そこで、いわゆる第一草案およびその理由書・議事録を資料として主に用い、責任制限規定の立法過程・趣旨をここで明らかにしておく<sup>(8)</sup>。

まず、帰責基準の制限規定に関して、521条に相当する第一草案442条では「贈与者は、義務の不履行のため故意または重大な過失がある場合に限り、受贈者に対して責任を負う」とされていた。立法理由としては責任制限が一般的なものであることが指摘されている<sup>(9)</sup>。立法趣旨としては、そのほかの法典や草案における同趣旨の制限規定を参照させるのみで、これ以上の言及はない。

### 二 瑕疵のための責任の制限規定（第一草案443条・444条）

#### 1 Motive

次に、第一草案443条・444条は瑕疵のための責任を規定する（現行523条・524条に相当）。まず443条は権利の瑕疵に関して規定しているが、①種類物贈与の場合、第一草案298条および370条から380条に従い責任が生ずること、②特定物贈与の際第三者の権利が存在しており、これを知りながら黙秘していた場合、そのことから生じた損害の賠償義務を負うとする。444条は物の瑕疵について規定して

(7) なお、BGBの立法資料となる第一草案およびその理由書に関しては、今村研介『獨逸民法草案 第一巻・第二巻（1888年第一草案）』（信山社、1999）、澤井要一訳『獨逸民法草案理由書 第二編 上巻（1888年第一草案）』（信山社、2000）513頁以下を参考にした。

(8) BGB成立過程では、第一草案・第二草案だけでなく、フランス民法典、スイス債務法、プロイセン一般ラント法、ザクセン民法典、ドレスデン草案など多くの諸法典や草案が参考にされている。そのため、BGBにおける責任制限規定の史的展開を明らかにするためには、第一草案および第二草案を参照するのみでは不十分と言える。しかし、本稿では紙幅の都合もあり、第一草案およびその理由書（Motive）・議事録（Protokolle）のみを用いることとし、立法過程全体の包括的検討は今後の課題としたい。

(9) *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 2, 1979, S. 164. なお、フランス民法典およびオーストリア一般民法典においては、贈与者の帰責基準を一般に制限する趣旨の規定は存在せず、それは、両法典では、贈与者は *omius diligentia* (= *alle Art von Sorgfalt*, あらゆる注意) のために責任を負うとされているためであるという指摘がある。

おり、①物の瑕疵のため責任は生じないが、瑕疵を知りながら黙秘していた場合、そのことから生ずる損害の賠償義務を負い、②種類物贈与の場合も同様であるとしている<sup>(10)</sup>。Motiveによれば、種類物の贈与約束の場合、担保義務は両当事者の通常の意図に一致するとされる<sup>(11)</sup>。特定物贈与については、この場合贈与者は物を自らが保有している状態のまま引渡す意図を有するので、一般原則（有責かつ事後的な不能および主観的（原始的）不能のために債権者に対して責任を負う）に対する例外を規定するとされている。そして、「そのことから生じた損害」の内容は、第一草案218条に従い全損害（被った損失および失った利益）が対象となるという。444条に関しては、瑕疵のための責任は原則生じず、瑕疵を悪意で黙秘していた場合責任を負うとすることが一般的であり、これは種類物贈与にも妥当するという<sup>(12)</sup>。

## 2 Protokolle

一方, Protokolle ではこうした条文の構成を改める提案がなされている。すなわち, 443条に関して, 贈与者自身の財産から給付がなされるべき場合と贈与者が約束の後, まず自ら取得すべき目的物が給付される場合とを分離すること, そしてそれぞれ異なる規範を置くことが必要とされた。贈与者は物を自らが有する状態で与える義務を負う意図であるため, 悪意 (dolus) の場合を除いては贈与者の責任義務は存在しないとされる。贈与者自身が有していない権利に関して, 贈与者は責任を負い得ず, そのために, 権利の調達に対する義務に関する重大な過失についてもまた責任ありとはし得ないという。このことは, 特定物の贈与約束に関してのみならず贈与者自身の財産から取り出されるべき種類物の約束にもまた妥当するという。損害賠償の範囲についても争いがあり, 少数意見は受贈者の利益にかなうという理由から不履行のための損害賠償とした一方で, 多数意見は, 消極的契約利益へと責任を制限することが草案の一般原則に一致するという。それは, 贈与者が贈与目的物を自らが有しているままに受贈者に引き渡すことを義務づけられるためという<sup>(13)</sup>。他方, 贈与者がまず自ら取得すべき目的物の贈与の場合, 事情が本質的に異なるという<sup>(14)</sup>。このとき, 取得は受贈者の利益となるので, 贈与者は必ずしも注意せずに行為してはならないこととなる。そして, 故意または重大な過失により, 権利の全部または一部が調達されない場合, 贈与者は442条に従い不履行のための責任を負わなければならない。ここでは不履行のための損害賠償が認められる。目的物が特定物か種類物かを区別しないが, 目的物が種類物であった場合, 瑕疵なき物の給付義務が課される。444条についても, 443条に一致する形で条文を再構成する提案がなされ, 承認されている<sup>(15)</sup>。

(10) 443条および444条の具体的条文に関しては, *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. L IV参照。

(11) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. 164.

(12) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. 164.

(13) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. 750. なお, これをさらに拡大し, 贈与者に権利の調達を強いるのであれば, 贈与者にはいわば財産刑が科されなければならなくなり, 草案における私刑の排除におそらく一致しえないとする。

(14) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. 750 f.

(15) *Mugdan*, a. a. O. (Fn. 9), S. 751 f.

### Ⅲ 帰責基準の制限規定 (BGB521条)

贈与法521条・523条・524条は贈与者の責任制限を定めている<sup>(16)</sup>。まず521条<sup>(17)</sup>において、贈与者の責任基準を「故意および重大な過失」に制限し、ついで523条<sup>(18)</sup>および524条<sup>(19)</sup>において、目的物の権利・物の瑕疵のための責任を原則として制限する。これらに関しては、521条が制限する帰責基準が影響する義務違反の類型、そして不法行為法上の責任に対する関係などについて議論がある。さらに、物の瑕疵から損害が生じた場合であるいわゆる瑕疵結果損害の発生に対し、それぞれ521条、524条あるいは276条のいずれの帰責基準が用いられるべきかについても議論がみられる。まず、521条にかかわる判例・学説を整理する。

#### 一 判例

【BGH, Urt. v. 20. 11. 1984 – IV a ZR 104/83<sup>(20)</sup>】

〔事案の概要〕

被告であるポテトチップス製造業者が、製品製造の際に発生する酵素で処理されたじゃがいも繊維かすを、農家である原告に間接的に無償で譲渡した。原告がその繊維かすを飼料として自己の牛に与えたところ、牛の一部が病気となり、あるいは斃死し、残る牛も体重の増加割合が減少してしまった。そこで原告は、家畜の病気の原因を酵素処理された繊維かすに帰し、被告に損害賠償を求める訴えを提起した。原告は、酵素処理された繊維かすは豚の飼料としてのみふさわしく、一方で未加工の繊維かすであれば大量に与えても牛の飼料として適していること、被告が酵素処理につき説明をしなかったことなどを主張した。

〔判旨〕

BGH は、問題となった繊維かすはそれ自体瑕疵ある物ではなく、524条は問題とならないとしたうえで、以下のように述べた。すなわち、「…いずれにせよ521条の範囲内で一方当事者の寛大さは被援

(16) BGB は2002年に債務法の現代化のための法律の施行により改正されたが、贈与法および使用貸借法の規定は準用のための条文番号を除き変更されなかった。そのため、本稿で扱う贈与者の責任制限に関する条文の和訳は、さしあたり、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995）139頁以下（贈与法、右近健男執筆）に準ずる。

(17) 521条〔贈与者の責任〕 贈与者は、故意及び重大な過失についてのみ責めを負う。

(18) 523条〔権利の瑕疵に対する責任〕（１）贈与者は、権利の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。（２）贈与者がまず取得すべき目的の給付を約束していた場合において、物の取得当時瑕疵を知っており、又は重大な過失によって知らなかったときは、受贈者は、権利の瑕疵のため不履行による損害賠償を請求することができる。売主の担保責任に関する433条１項及び435条、436条、444条、452条、453条の規定を準用する。

(19) 524条〔物の瑕疵に対する責任〕（１）贈与者は、物の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによって生じた損害を受贈者に賠償する義務を負う。（２）贈与者がまず取得すべき、種類でのみ定まる物の給付を約束した場合において、給付物に瑕疵があり、かつ、その瑕疵を物の取得当時知っており、又は重大な過失により知らなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代え瑕疵なき物を給付するよう請求することができる。贈与者が瑕疵を知りながら告げなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代えて不履行による損害賠償を請求することができる。これらの請求には売買目的物の瑕疵に関する規定を準用する。

(20) BGHZ 93, 23 ff. = NJW 1985, 794 ff.

助者 (Begünstigte) の契約上の期待にのみ関連し、それゆえ贈与者の寛大さは契約目的物と関連しない保護義務違反が問題となる場面では責任制限の効果を正当化しない。そして、本件ではそのような関連が存在し、『契約によって前提とされた』繊維かすの消費を通じて発生した損害が問題となっている。この範囲において、本部の解釈によれば521条が影響しなければならない」とし、被告には重大な過失がなかったとして、原告の請求を退けた<sup>(21)</sup>。また、先例を挙げ<sup>(22)</sup>、「521条は、契約前および契約上の保護義務違反の場合、受贈者に資する場合およびその限りで不法行為による原告の請求権にもまた影響する」とした<sup>(23)</sup>。

本判決では、贈与契約において、贈与者が保護義務に違反して受贈者の完全性利益を侵害する場合、その保護義務が「契約と関連している」ならば、521条による責任制限が妥当するとされた<sup>(24)</sup>。さらにこの場合、不法行為上の請求権に対しても521条の責任制限が影響するとも判断された。一方本件においては問題となった繊維かすに瑕疵はないとされたものの、契約の目的として牛の飼料としての利用が前提とされていたならば、適切な配分でなければむしろ牛にとって有害となるのであれば、この繊維かすは瑕疵あるものであったとも考えられよう<sup>(25)</sup>。

521条が保護義務違反にもまた通用するか否かについては学説において争いがあるが、本判決では以下のように判断された。すなわち、*Canaris*<sup>(26)</sup> や *Kollhosser*<sup>(27)</sup> が契約上の責任基準の拡張を広範

(21) BGHZ 93, 23, 27 f.

(22) BGH, Urt. v. 20. 10. 1953 - I ZR 125/52 = BGHZ 46, 140 ff.

(23) BGHZ 93, 23, 29.

(24) ここで、「契約目的 (物) と関連する」という要件について説明を加えたい。まず521条が原則として給付遅滞および不能の場合を想定して規定されたという点にドイツ判例・学説上争いはない。問題となるのは、いわゆる積極的契約侵害や契約締結上の過失といった、遅滞・不能以外の義務違反類型にこれら責任制限規定が適用されるかである。こうした義務違反の場合に侵害されるのは、債権者の身体やその他財産といったいわゆる完全性利益である。そのため、無償契約であることを根拠とする責任制限規定によって、こうした重大な利益の侵害についても債務者の責任を制限してよいのか問題となる。そこでBGHないし折衷説は契約目的 (物) と関連する保護義務に限定し責任制限の適用を肯定する。BGH判決 (BGHZ 93, 23 ff.) では、被告について、当該じゃがいも繊維かすを飼料として牛に与える場合、分量に配慮すべきことを説明する義務に違反したとした。そして、この義務違反から生じた原告の牛に対する損害は、「契約によって前提とされている」繊維かすの消費によって生じた損害であるとする。BGHは、この義務違反を、「契約目的に関連する」義務違反であるとして、521条を適用し、被告の責任を否定した。すなわち、「契約目的に関連する」という文言の具体的内容の一つは、契約目的物の使用等に関する説明義務といった契約目的物そのものの適切な用法などに関連する債務者の義務を指すと言える。さらに、学説では、目的物の瑕疵から結果的・後続的に発生するいわゆる瑕疵結果損害について、契約目的に関連する義務とする例がある。一方、この点につき、前掲BGH判決・*Medicus (ders., Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, FS Odersky, 1996, 589 ff., 603 f.)* は、瑕疵結果損害をそもそも524条の適用範囲としている。前者の見解に従うのであれば、瑕疵結果損害も契約目的物から結果として生じた損害として、契約目的に関連する義務違反により生じた損害と考えられているといえよう。このように、契約目的 (物) に関連する義務とは、①契約によって前提とされた目的の達成を補助する義務、②契約目的物の瑕疵から結果的・後続的に損害が生じないようにする義務であるといえよう。

(25) この点 *Schlechtriem* は、主観的瑕疵概念によれば、この繊維かすは、契約で前提とされた牛用飼料としての使用に照らすと瑕疵を備えており、そのため524条1項が問題となるべきであったと指摘する。ただし、524条1項が適用されることで、贈与者 (被告) は悪意の場合にのみ責任を負えばよいことになるので、本判決の結論自体は正当であるという (*ders., BB 1985, 1356, 1358*)。

(26) *Claus-Wilhelm Canaris*, Ansprüche wegen „positive Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff., 481.

(27) *Münchener Kommentar / Kollhosser*, BGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2004, § 521 Rn. 6 f.

困にわたり支持する一方で、Thiele<sup>(28)</sup>、Gerhardt<sup>(29)</sup>、そしてSchlechtriem<sup>(30)</sup>は区別づけられた解決を主張するとし、本判決も後者の見解に従うという。そして、その根拠について、Schlechtriemのように保護義務違反の場合贈与者に完全に責任を負わせるというような解釈は、たしかに成立史上支持されるかもしれないが、521条の前身である民法典第一草案442条は贈与約束に関連し約束された給付の不発生により生じた損害を想定していたと指摘する。この趣旨は、最終草案においてもおそらく変更されなかっただろうという。そして、Schlechtriemの指摘を挙げ、使用借主の家畜への病気の感染の場合においてこのような広範囲に及ぶ責任制限が不当であるとし、第一草案551条（＝現600条）を削除するという第二委員会における提案には、「>強調された実際上の必要性は、不法行為のための損害賠償に関する諸規定によって満たされるとする<と反論された」と言及する。

しかし、この論拠に説得力はなく、広く解釈できるこの規定の文言はむしろ逆方向へ向かうという。そのうえSchlechtriemによって支持された解決の場合、524条1項に対する評価上の矛盾が回避されないだろうとする。すなわち、BGHは524条1項により贈与物の瑕疵から受贈者に生じる損害に関する贈与者の責任が、悪意の場合に制限されること、このことは、瑕疵はないが「危険な」物の贈与者が説明義務の軽過失による違反のためにも責任を負うであろう場合に合致するにすぎないとする。それに対し、本部の解釈によれば、このことは物を手放しその物を寛大にも受贈者に譲渡する贈与者が、受贈者の契約上の期待の枠内における損害に関して軽減された基準によってのみ責任を負う場合、立法者の評価にまったく一致しうるとする。

## 二 学説

521条の責任制限規定をめぐる議論については、とくにこの制限が保護義務違反による損害賠償責任にも及ぶのか否か、そして競合する不法行為上の請求権にも影響するののか否かにつき争いがある。学説では主に2つの見解が存在し、一方は521条による責任制限は不能および遅滞による損害賠償の場合にのみ通用するという見解（276条優先説）であり、もう一方は保護義務違反による損害の場合その保護義務が契約目的に関係していれば、521条の責任制限が適用されるとする見解（折衷説）である<sup>(31)</sup>。

(28) Wolfgang Tiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.

(29) Walter Gerhardt, Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive VertragsVerletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.

(30) Schlechtriem, Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, VersR 1973, 581 ff.

(31) なお、521条優先説については、現在この見解を支持している見解はないという指摘もあり、本稿では取り上げないこととする。Kollhosserによれば、たとえばMezger (RGRK/ders., BGB, Bd. II, 12. Aufl. 1978, § 521 Rn. 1)、そしてCanaris (ders., JZ, a. a. O. [Fn. 26], 475 ff.)などもこの見解であるという。なお、Mezgerは、521条は積極的債権侵害による損害にも通用するというが、BGHのような区別づけは行っていない (RGRK/ders., a. a. O., § 521 Rn. 1)。Canarisは、法律による責任の修正・契約上の責任制限が契約前の段階にも通用するとしているが、521条について言及していない (ders., JZ, a. a. O. [Fn. 26], 475, 481)。

## 1 276条優先説

この見解は、保護義務違反による損害に521条の責任制限は及ばず、276条による通常の基準に従って贈与者への帰責が判断されるとする。また、不法行為上の請求権に対しても責任制限は影響せず、823条1項などの基準のみが問題となるとする。

Larenz<sup>(32)</sup>は、521条に関して、この規定は贈与者の給付、つまり約束された贈与目的の適時の実現に基づく受贈者の利益に関してのみ通用し、贈与者の保護義務およびそれに伴う受贈者のその他法益の保持利益に関しては通用しないとする<sup>(33)</sup>。なぜなら、贈与者の利他性は、他人の法益保護に対して配慮する必要がないことまでも正当化するものではないからだという<sup>(34)</sup>。

なお、Larenzは前掲BGH判決について次のように言う。すなわち、「…BGHは、『契約目的と関連する』保護義務違反が問題となる場合、不法行為による請求権をもた、責任の緩和の下に置こうとしている。しかしいずれにせよ、問題となっている一般的社会生活上の安全義務(Verkehrssicherungspflicht)違反およびそれにより根拠づけられる不法行為による請求権に521条は適用されるべきでないだろう。贈与者の『利他性』は、BGHにおいて判決された事例のように贈与者にとって不要な廃棄物の最も容易な廃棄手段が問題となる場合もまた社会生活上の安全義務の軽減を正当化するものであってはならない」とし、BGHの見解を批判する<sup>(35)</sup>。

Schlechtriem<sup>(36)</sup>は、521条について成立史上典型的な契約上の期待の不発生のみが問題となるということが明らかになるという。すなわち、521条の規律趣旨に関して、使用貸借に関する第一草案442条は、第一草案440条で規律される贈与約束に関係し、贈与上約束された物が給付されないことが想定されていたという<sup>(37)</sup>。しかし、第一草案442条の599条への再構築の際に(適用の)拡大が予想されることなしに責任軽減が一般化されてしまったと指摘する。そして受贈者の契約利益が不法行為上保護される利益に一致することはないが、積極的契約侵害学説による契約上の保護利益への身体、生命、所有権といった法益の取り込みが外見上の競合問題を生じさせたという。積極的契約侵害による請求権に関して521条が通用するか否かは疑わしく、立法者によって想定された通常の契約利益を超える責任軽減の拡張には根拠づけが必要であり、その根拠づけは契約上の保護へ取り込まれるその他いかなる利益にも適合する必要がある、その保護を弱めるためには説得力ある理由が必要であるとする<sup>(38)</sup>。そして、(軽減が)一般的行為義務に影響すべき理由、その義務違反のための責任が軽減されるべき説得力ある理由は存在せず、結局贈与者の寛大さは受贈者の契約上の期待に関連するにすぎず、一般的

(32) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986, S.201 ff.

(33) Larenz, Schuldrecht, a. a. O. (Fn. 32), S. 202. Larenzは、贈与者が、布地の特別な引火のしやすさを知りながらこれを受贈者に指摘せず、その結果火災より受贈者が損害を被る場合、不法行為によるのと同様保護義務の過失による違反のための契約締結上の過失あるいは契約侵害に基づき責任を負うとする。

(34) Larenz, Schuldrecht, a. a. O. (Fn. 32), S. 202.

(35) Larenz, Schuldrecht, a. a. O. (Fn. 32), S. 202, Fn. 18.

(36) Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 332 ff.

(37) Schlechtriem, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 36), S. 333.

(38) Schlechtriem, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 36), S. 333 f.



財産保護に関連するものではないとする。

なお、*Schlechtriem* は、瑕疵結果損害に関する責任の緩和について、立法者は524条1項において予定しており、その限りでのみ有責性の緩和が不法行為上の責任へ反映されるかあるいは反映されるべきか否かが検討されなければならないとしていたという<sup>(39)</sup>。しかし、そのような緩和はほとんど主張されず<sup>(40)</sup>、正当化も困難であるとする<sup>(41)</sup>。そして、判例を引用し、瑕疵結果損害については521条の基準についてのみ言及があるという<sup>(42)</sup>。

*Kollhosser* も、立法者により意図されていた521条の通用範囲は不能および遅滞にのみ関連していたとし、保護義務と521条の責任軽減との関係について以下のように述べる<sup>(43)</sup>。521条という責任制限は、不法行為上の注意基準の軽減も導き得るために契約上・契約前の注意義務の緩和は、贈与者の影響圏内へ赴くことを受贈者にとって危険なものにするという<sup>(44)</sup>。贈与者の寛大さは、贈与者を一般的に他人の法益侵害への配慮のための一般的義務から強力に解放するための根拠として十分でない<sup>(45)</sup>。そのため、この場合は276条の基準が通用し、贈与という契約の特別性は、ここでもせいぜい注意義務の定式化の際に考慮されうるにすぎないという<sup>(46)</sup>。

次に、不法行為法と521条の責任基準との競合について、契約上の責任軽減が823条以下による請求権のためにも影響しなければならないのは、この制限が広く無意味なものになりうるからであるとする<sup>(47)</sup>。しかしBGH<sup>(48)</sup>が適切に述べているように、制限は保護義務違反に対し責任制限が影響する場合、その限りでのみ通用する。また、物の瑕疵より生じる結果損害のための帰責基準も276条による<sup>(49)</sup>。贈与という契約の特別性は、注意義務の範囲決定の場合に考慮されるにすぎないとしている<sup>(50)</sup>。

(39) *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 36), S. 334.

(40) *Schlechtriem* によれば、*Gerhardt* (ders., *JuS*, a. a. O. [Fn. 29], 597 ff.)がその見解であるという。

(41) *Schlechtriem* は、受贈者が「支配者 (dominus)」として無償で取得した物の害悪をも負担しなければならないとすることを基準とする限りで、結局、自己の危険に基づく制度がよりよく規定され、導入されうるという評価が明らかになるという。

(42) *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 36), S. 334. なお、*Schlechtriem* がここで引用している判例は、RG, *Urt.* v. 20. 5. 1935 ; *SeuffA* 89, Nr. 160, 329 f. および LG Köln, *Urt.* v. 13. 7. 1966 ; MDR 1966, 926 = *VersR* 1967, 240 である (ders., *Vertragsordnung*, a. a. O. [Fn. 36], S. 335, Fn. 207 ff.)。 *Schlechtriem* は、*Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl. 2003, S. 82, Rn. 191において、前掲BGH判決に言及し、BGHは贈与者の契約を超える責任を主たる給付義務が侵害される限りで軽減するが、保護義務違反に関してはそうではないと指摘し、自己の見解と一致しないとする。

(43) *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 5 ff..

(44) *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 7.

(45) *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 7 f..

(46) *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 9.

(47) そして、契約法上の責任軽減規定を、不法行為上の請求権にも影響させる判例を正しいものと指摘する (*Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. [Fn. 27], § 521 Rn. 10)。

(48) BGHZ 93, 23 ff.

(49) すなわち、524条は、物の瑕疵に関する贈与者の責任基準を設けているが、悪意の場合に制限される責任は、瑕疵損害 (例：贈与された犬が番犬として適していない) 自体に関してのみ正当化され、それを超える損害 (例：贈与された犬にかみつくと癖があり、そのために受贈者が致命的なけがを負う) については正当化されないという (*Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. [Fn. 27], § 521 Rn. 12)。

## 2 折衷説

この見解は、BGHと同様に保護義務違反が問題となる場合、同義務が契約目的と関連する場合に限り521条の適用を認める見解である。また不法行為上の請求権に対しても、同じく契約目的と関連する保護義務が問題となる限りで521条の適用を認める見解が多い。

*Medicus* は、276条優先説が根拠とする BGB 起草者の意思や債権者保護の必要性に基づく論証は説得力がないとする<sup>(51)</sup>。贈与者は財産上の犠牲を進んで行うがそれは贈与物の価値に限られる。しかし、債権者の保持利益（＝完全性利益）は、給付利益をさらに上回りうるものであり、場合によっては全く算出不能かもしれない。債務者が極端な損害を軽過失のため補償するつもりがないということはもつともである。そして、責任特権の保持利益への拡張は、生命および身体という序列の高さを指摘することによっても避けられないとする<sup>(52)</sup>。

次に、立法者意思に関して、521条の文言は全く一般的に理解されるため限定的考察方法が妥当かは判別されない<sup>(53)</sup>。さらに、この論証は、1896年以来生じた保持利益保護の変遷によっても説得力を失い、*Schlechtriem* も積極的契約侵害学説による契約の保護範囲への身体、生命などの法益の取込に注意を促しており<sup>(54)</sup>、一方で、不法行為上の保護も社会生活上の義務を通じて常に高められてきた。それゆえ、立法者が不法行為による保護を出発点としていたとしても<sup>(55)</sup>、拡大された不法行為による保護も制限されうるとする。

そこで、*Medicus* は責任制限法理の（再）定式化を試みる。まず、あらゆる法律上の責任特権は文言上帰責性に関連するが、その帰責性の前提となるものは諸義務であり、それゆえ義務違反に関連するという<sup>(56)</sup>。これは条文の形式に一致しないが、義務の水準を発端とすることで債務者を損害賠償請求権から解放するだけでなく、履行請求権からも解放することが重要であるという<sup>(57)</sup>。これにより、給付義務と保護義務との区別の曖昧さのため適用を給付義務に制限することも意味がないという<sup>(58)</sup>。さらに、不法行為上の諸義務について、帰責性レベルでの個別的事情が義務レベルでの一般的事情と異なる取り扱いをされる理由は定かでない。そして、保持利益と給付利益との区別不能性や保持利益

(50) なお、*Stoll* (ders., Anmerkung BGH, Urt. v. 20. 11. 1984 - IV a ZR 104/83, JZ 1985, 384 ff., 386) も、521条・524条は、贈与契約の準備、締結、清算の際に発生する完全性保護の制限を生じさせず、無償の加害者の非利己性は、当該状況下での注意義務の算定の際に考慮されるにすぎないという。また、276条優先説に属するその他の見解として、*W. Schubert*, Anmerkung BGH, Urt. v. 20. 11. 1984 - IV a ZR 104/83, JR 1985, 324 ff.; *Stefan Grundmann*, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), S. 457 ff.; *Jauernig / Mansel*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 521 Rn. 1, § 524 Rn. 1がある。

(51) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 591 ff.

(52) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 592 f.

(53) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 593.

(54) *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a. a. O. (Fn. 36), S. 333.

(55) BGHZ 93, 23, 27 f.など参照。

(56) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 594, S. 596 f.

(57) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 597.

(58) *Medicus* は、例として、前掲 BGH 判決では飼料を与えられた牛の体重の減少（保護義務違反）も発生しなかった体重の増加（給付義務違反）も、繊維かすの正しい使用に関する瑕疵ある情報に由来するということを指摘している。

に関する無償行為者の莫大かつ重大な負担のため、保持利益や不法行為法上の請求権に対しても責任制限が通用するという<sup>(59)</sup>。

次いで、結果損害に関して、*Schlechtriem*<sup>(60)</sup>の見解や*Schubert*<sup>(61)</sup>の見解によれば契約責任と不法行為責任との程度の差はなくなるとするが、とくに*Schubert*がその論拠としている瑕疵損害と瑕疵結果損害の区別自体問題のあるものであり<sup>(62)</sup>、瑕疵損害の賠償がなぜ因果関係上遠い瑕疵結果損害の賠償よりも強く制限されるべきか理解できないという。結局、これらの見解によれば、悪意のための責任とあらゆる過失のための責任と距離が不当に広がるとし、「契約目的物と関連する」保護義務違反の場合にのみ責任制限の適用を認めるBGH<sup>(63)</sup>の見解が好ましいとする<sup>(64)</sup>。

*Leonhardt*<sup>(65)</sup>は521条の射程に関し、判例の態度は瑕疵結果損害を524条の問題とし、一方で不適切な説明による損害を521条の問題とすることで適切でないように思えると指摘する。しかし、統一的基準の必要性から、契約上の付随義務違反による損害に関しては贈与者が280条1項・不法行為からそれぞれ521条の基準をもって責任を負うとする<sup>(66)</sup>。*Leonhardt*は、立法者意思をもってこのことに反論することはできず、それは契約締結上の過失や積極的債権侵害という制度は立法後初めて定式化されたが、521条は限定なく包括的に規律されているためという<sup>(67)</sup>。

その一方で、不法行為責任に関して521条は影響しないという。すなわち、不法行為責任を補充するために積極的債権侵害論が発展したがこれは贈与者にとってその制限を契約上の結びつきのない第三者に対しても拡張することになったとする。しかし、この場合、不法行為責任に521条が影響しないとしても責任制限は空転するものではなく、むしろ、この制限は積極的債権侵害および契約締結上の過失によって補充される贈与者の責任のみを軽減する。したがって、受贈者の完全性利益は、軽過失のために制限されない不法行為責任と重過失の際の追加的契約責任により十分に保護されるという<sup>(68)</sup>。

### Ⅲ 目的物の瑕疵に関する責任制限規定（BGB523条・524条）

ドイツ贈与法における瑕疵に対する責任制限規定（523条・524条）においては、瑕疵結果損害を巡る若干の議論のほか、とくに議論は見られない。ドイツ法における権利・物の瑕疵に対する責任制限

(59) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 602. *Grundmann* は、給付利益（履行利益）と完全性利益の区別の困難性に関して、これを根拠として説得力のないものとする（*ders.*, a. a. O. [Fn. 50], S. 463, Fn. 18）。

(60) *Schlechtriem* は、瑕疵結果損害は524条1項の問題であるが不法行為上の請求権による修正を必要とするという（*ders.*, BB, a. a. O., 1358）。

(61) *Schubert* は、瑕疵結果損害を276条1項1文の問題としてとらえる（*ders.*, JR, a. a. O. [Fn. 50], 324, 325）。

(62) 例として、*Medicus* は旧635条および旧638条における両損害概念の区別の困難さを挙げる（Vgl., *ders.*, a. a. O. [Fn. 24], S. 603）。

(63) BGHZ 93, 23 ff.

(64) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 603 f. なお、*Mühl / Teichmann* も、基本的に *Medicus* と同様の見解である（*Soergel / Mühl / Teichmann*, BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 521 Rn. 5 ff.）。

(65) *Staudinger / Wimmer - Leonhardt*, BGB, 2005, § 521 Rn. 1 ff., § 523 Rn. 1 ff., § 524 Rn. 1 ff.

(66) *Staudinger / Wimmer - Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 521 Rn. 11, 14.

(67) *Staudinger / Wimmer - Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 521 Rn. 11.

規定における特徴として、目的物が自己の財産に由来するかあるいは他人の財産から取得して給付するかにより、制限の適用要件や効果を区別していることを指摘できる。

## 一 自己の財産からの贈与（523条1項・524条1項）

523条1項・524条1項は、贈与者（使用貸主）が目的物の瑕疵を悪意で黙秘する場合、そのことから生ずる損害を賠償しなければならないと規定する。条文上、自己の財産に由来するという限定は含まれていないが、523条・524条各2項において明確に他人の財産から取得する目的物が問題となるために、各1項は自己の財産に由来する目的物の瑕疵にかかわるものであると考えられている<sup>(69)</sup>。

まず、瑕疵に対する責任制限の根拠は、贈与者・使用貸主は物を彼が有している状態で給付することのみを義務づけられ、その目的物が特定物かあるいは種類物かを問わないという第二委員会が定めた出発点にあるといわれている<sup>(70)</sup>。これより、贈与者あるいは使用貸主は目的物をそのままの状態 で給付するという義務のみを負い、目的物の瑕疵があったとしても責任はない。

しかし、瑕疵について贈与者が「悪意により黙秘していた」場合は、「そのことから生ずる損害」を賠償しなければならない。まず、日本民法551条1項ただし書においても用いられている悪意による黙秘という帰責基準であるが、この基準に関して、*Eckstein-Puhl*によれば、売買法上の瑕疵担保責任（438条3項・442条1項・444条）の枠内での悪意による黙秘と同義であるという<sup>(71)</sup>。次に、原則的に制限され、悪意による黙秘という基準をもって帰責される「このことから生ずる損害」であるが、これはいわゆる信頼利益（信頼損害、消極的損害）を意味し、履行利益には及ばないということではほぼ一致しているようである<sup>(72)</sup>。

(68) *Staudinger / Wimmer - Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 521 Rn. 13. このように *Leonhardt* は、保護義務違反には521条の適用を認めながら、不法行為責任に対しては、521条の基準を用いることを否定する。この他、折衷説に属する見解として、*Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 36), 597 ff.; *jurisPraxisKommentar / Sefrin*, BGB, Bd. 2.2, 2. Aufl. 2004, § 521 Rn. 25 ff., § 524 Rn. 6; *AnwaltKommentar / Dendorfer*, BGB, Bd. 2, 2005, § 521 Rn. 8 ff.; *Hk-BGB / Saenger*, 4. Aufl. 2005, § 524 Rn. 1（ただし、*Saenger* は、521条と不法行為上の請求権の関係には言及せずに瑕疵結果損害に関しては524条が通用するという）; *Münchener Kommentar / Jens Koch*, BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 4 ff. などがある。また、付随義務ないし保護義務に対して条件付きで521条の適用を認めるものの、瑕疵結果損害に関して、これを524条の問題とするものとして、*Bamberger / Gehrlein*, a. a. O., § 521 Rn. 5（なお、521条が問題となる場合、この基準は不法行為上の請求権にも影響するという。同 § 524 Rn. 2参照）; *Prütting / Wegen / Weinreich / Hoppenz*, BGB, 3. Aufl. 2008, § 521 Rn. 2; *Erman / Hermann*, a. a. O., § 524 Rn. 2; *Palandt / Weidenkaff*, a. a. O., § 524 Rn. 4) がある。また、*Mezger (RGRK / ders.)*, a. a. O., § 521 Rn. 1, § 524 Rn. 2) は、瑕疵結果損害に関して、524条の（とくに1項による）賠償は信頼利益に限られるとするが、そこで用いられている例は、病気の動物の贈与による受贈者の動物への感染といういわゆる相手方の完全性利益侵害場面である。

(69) *Jauernig / Mansel*, a. a. O., § 523 Rn. 1, § 524 Rn. 1 ff.。ただし、524条に関しては、同条2項が目的物を特に種類物に限定しているため、524条1項の適用範囲には他人の財産から取得する特定物の贈与も含まれるとされている。

(70) *Larenz, Schuldrecht*, a. a. O. (Fn. 32), S. 203; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 523 Rn. 4.

(71) *jurisPK / Eckstein-Puhl*, a. a. O. (Fn. 68), § 600 Rn. 6. ただし、600条（使用貸借契約の場合の目的物の瑕疵のための担保責任の制限規定）に対する注釈である。

(72) 瑕疵結果損害（完全性利益侵害）について、これを524条の問題とするか、あるいは521条ないし276条の問題とするかについて、上述のように見解が分かれている。多くの見解は、少なくとも結果損害を524条・600条の問題ではないとしている（*Palandt / Weidenkaff*, a. a. O., § 524 Rn. 6, § 599 Rn. 2 etc.）。

## 二 他人の財産からの取得による目的物の給付（523条2項・524条2項）

523条2項・524条2項では他人の財産から取得する目的物が問題となるが、その場合に用いられている帰責基準は、むしろ521条の基準に近い。すなわち、他人の財産から目的物を取得して給付する贈与者は、目的物の瑕疵について知っていたか、重大な過失によって知らなかった場合に責任（523条2項では損害賠償責任、524条2項では追完義務）を負うとされている。524条2項では、贈与者が瑕疵を悪意により黙秘していた場合、さらに給付に代わる損害賠償義務を負うとされている。

このように、悪意による黙秘ではなく、瑕疵に関する悪意または重大な過失による不知という基準が用いられた理由であるが、これは、贈与者が他人の財産からの取得を約束すると、その取得は受贈者の利益となり、したがって取得者（贈与者）は、必ずしも注意せずに行為してはならないこととなるためという<sup>(73)</sup>。それは、瑕疵のため目的が全く（あるいは一部）達成されない場合、不履行のために責任を負うべきという立法者の意思に求められる。この場合、贈与者（使用貸主）には瑕疵なき物を調達するための義務があることになり、そのため履行請求権が問題とされている。一方、523条2項2文では433条1項への参照規定が存在し、贈与者は、権利の瑕疵なき目的物を調達するという義務を負い、受贈者は、特定物債務か種類債務かにかかわらず、権利の瑕疵なき目的物の給付に関する履行請求権を有するとされる<sup>(74)</sup>。

## IV 総括および日本法への示唆

以下、総括を交えつつドイツ法における責任制限規定をめぐる議論から得られる日本法への示唆について若干の検討を加えたい。

### 一 帰責基準の制限について

ドイツ贈与法では、521条において帰責基準の制限が、523・524条において瑕疵のための責任の制限規定がそれぞれ置かれている。

帰責基準の制限規定（521条）では、同規定によって把握される義務違反類型が問題とされている。この制限が遅滞および不能責任に通用し、瑕疵のための責任に通用しないことに争いはないが、保護義務違反・不法行為責任に対しても制限が及ぶか否かが問題とされている。制限の拡張を否定する見解は、立法者が明確に遅滞および不能責任を前提としていたこと、契約の無償性・債務者の利他性を根拠として、債権者の完全性利益に対する配慮義務をも軽減することは困難であることを指摘する<sup>(75)</sup>。一方、契約目的と関連する保護義務違反が問題となる場合、帰責基準の制限規定を同義務違反

(73) *jurisPK / Sefrin*, a. a. O. (Fn. 68), § 523 Rn. 13; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 523 Rn. 5, § 524 Rn. 3.

(74) *Soergel / Mühl / Teichmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 64), § 523 Rn. 10; *jurisPK / Sefrin*, a. a. O. (Fn. 68), § 523 Rn. 15; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 523 Rn. 15; *Münchener Kommentar / J. Koch*, 5. Aufl., a. a. O. (Fn. 68), § 523 Rn. 5, § 524 Rn. 3.

にも通用させようとする見解は、規定の文言から適用範囲を制限する趣旨が読み取れないこと、積極的契約侵害や契約締結上の過失といった立法後形成された法概念が当時立法者に知られていなかったこと、そして、不法行為責任に制限が通用しなければ契約法上の責任制限が空転することを指摘する<sup>(76)</sup>。

帰責基準の制限規定に関しては日本法上同規定に相当する規定はなく、むしろ、そうした規定をしない趣旨を立法者自身が強調している<sup>(77)</sup>。しかし521条をめぐる議論から、少なくとも完全性利益侵害事例について、瑕疵のための責任に関する規定で扱うことが不当であることが判明する。完全性利益侵害をとくに524条では扱わないことについて、276条優先説・折衷説ともに一般に一致している。これに対しては、見解を異にする少数の意見があるが<sup>(78)</sup>、完全性利益保護<sup>(79)</sup>のための規範として、目的物の瑕疵に関する規範を用いることは、条文の射程や要件からして問題があるように思われる。すなわち、民法551条1項では悪意による黙秘が問題とされているが、贈与者が善意である限り完全性利益侵害に対する責任を免れるとしてよいのであろうか。贈与者悪意の場合、民法415条ないし709条との競合が生じうがこれをどう扱うのか。完全性利益侵害の発生態様として、瑕疵からの拡大損害かあるいは債務者の故意・過失によるものかという基準により、原則制限かあるいは非帰責事由の証明がない限り責任が肯定されるという差異を設けることが妥当であるのか。そこで、やはり民法551条1項等は条文の文言どおり目的物の瑕疵そのものに関する責任に射程を止め、そこから拡大的に生じうる損害に関してはその他の民事責任規範の問題とすべきではないだろうか。

## 二 瑕疵のための責任を制限する規定について

ドイツ贈与法における瑕疵のための責任制限規定では、条文上制限の条件が類型化されている。自己の財産から給付する場合、贈与者は目的物をそのまま引渡すことのみを義務づけられる<sup>(80)</sup>。そのため、目的物に瑕疵があることを知りかつこれを黙秘していた場合にのみ責任を負うとされる。他人の財産から目的物を取得して給付する場合、瑕疵について知っていたかあるいは知らないことに重大な過失がある場合、損害賠償請求・追完といった請求権が債権者に認められる。ここでは、贈与者といえども不注意に行動してはならないことが重要とされている<sup>(81)</sup>。したがって、帰責基準は制限さ

(75) *Larenz, Schuldrecht*, a. a. O. (Fn. 32), S. 202, S. 294 f.; *Schlechtriem, Vertragsordnung*, a. a. O. (Fn. 36), 333 f., 347 ff.; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 6 ff.

(76) BGHZ 93, 23, 27 ff.; *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 596 f.; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 521 Rn. 11 ff.

(77) 法典調査会・前掲注(3)297頁以下。

(78) BGHZ 93, 23 ff.; *Medicus*, a. a. O. (Fn. 24), S. 589 ff. etc..

(79) なお、日本法で問題となりうるのは瑕疵結果損害・拡大損害である。目的物の瑕疵から拡大的に完全性利益に対する損害が生ずる場面以外にも、目的物に瑕疵はないが、債務者の注意義務違反などにより同利益が侵害される場面がありうるが、こうした場合も551条1項など条文上「目的物の瑕疵」に関連することが規定されている規範に含めることは無理があるであろう。

(80) *Soergel / Mühl / Teichmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 64), § 523 Rn. 4; *Münchener Kommentar / Kollhosser*, a. a. O. (Fn. 27), § 523 Rn. 2, § 524 Rn. 2; *Staudinger / Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 523 Rn. 4; *Ermann / Hermann*, a. a. O., § 523 Rn. 1 etc..

れているものの、贈与者には瑕疵なき物の給付義務が課されていると言える。また、これら規定によって把握される損害は瑕疵損害であり、瑕疵結果損害には及ばないという見解が多数である。すなわち、瑕疵結果損害とは、目的物の瑕疵から結果的に債権者の完全性利益に拡大的に生じた損害であり、こうした重大な利益に対する損害に対し524条における基準が馴染まないという点が強調される<sup>(82)</sup>。

以上から、日本法への示唆となりうるのは、贈与者が負う基本的義務としての瑕疵なき物の給付義務をいかに考えるのか、ということである。BGBでは贈与者自身の財産に由来する贈与と他人の財産からの取得に由来する贈与とを区別し、前者の場合は瑕疵なき物の給付義務を否定し（責任の効果としても履行請求・追完義務を規定していない）、後者の場合は、瑕疵なき物の給付義務を肯定している。一方、日本民法上ではそういった点に配慮はなされておらず、立法者もこの区別にとくに言及していない。この点については法の欠缺が存在するとも考えられるが、贈与者の負う義務として、自己の財産からの給付の場合瑕疵なき物の給付義務を免れるとしてよいのかは疑問である。ただし立法論としては想定しうるし、反対に瑕疵なき給付義務を肯定したうえで帰責のための基準を制限するという方向性も考えられる<sup>(83)</sup>。しかしこれはあくまで立法論であるため、民法上贈与者等は瑕疵なき物の給付義務を負うが、瑕疵の存在に関して債務不履行としての帰責事由がない場合でも、有償契約であれば問題となるような担保責任がないという趣旨であると解すべきと思われる。

## V 結びに代えて

本稿は、ドイツ民法贈与法における責任制限規定につき、その射程等をめぐる議論を参照することで、日本法における贈与者等の責任制限に対する若干の示唆を与えることを目的とした。ドイツ法の議論を参照し、日本民法典における贈与者の責任制限を考察すると、現在の民法理論からはおおよそ以上のような方向性を見出すことができるように思われる。

ドイツ法においては、古くから保護義務論をめぐる議論が盛んであり、その中でもとくに契約責任としての保護義務と不法行為責任・社会生活上の義務との競合問題が議論されている。521条等に関する議論に当たっても、保護義務論が強く意識されているように感じられる。そのためか、たとえば制限の根拠に関してはただ契約の無償性・好意性によるとだけされ、本質論はそれほど注目されていないようである。

立法過程にあっても、贈与における責任制限規定に関しては、それが現行法に一致するといった表

(81) *JrPK/Sefrin*, a. a. O. (Fn. 68), § 523 Rn. 12; *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 523 Rn. 5, § 524 Rn. 3; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 523 Rn. 12 f. etc..

(82) *Soergel/Mühl/Teichmann*, 12. Aufl., a. a. O. (Fn. 64), vor § 521 Rn. 7; *JrPK/Sefrin*, a. a. O. (Fn. 68), § 521 Rn. 25; *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4. Aufl., a. a. O. (Fn. 27), § 521 Rn. 12; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a. a. O. (Fn. 65), § 521 Rn. 11, § 524 Rn. 6 etc..

(83) 現に、債権法改正の基本方針では、贈与者に瑕疵なき物の給付義務を認めたとうえで瑕疵の有無・追完の可否の判断に配慮するという方向性が示されている（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ—各種の契約（1）』（商事法務，2010）198頁以下参照）。

現がみられるのみで、とくに踏み込んだ検討はなされておらず、現行法における議論に関しても、521条や523条・524条の規定の射程、とりわけ保護義務違反や付随義務違反、不法行為責任に対する適用可能性の有無などが主な議論の対象となっている。

このように、ドイツ法の責任制限規定を通じて、責任制限規定の本質やその根拠を明らかにするためには、現代のドイツにおける議論を参照するのみでは必ずしも十分でないことが分かる。むしろ重要となるのは、BGB 立法過程においていかなる議論がなされたのか、そしより歴史的検討を通じて、ローマ法における利益原理に端を発する責任制限法理が、どのように近代法典において結晶化されていったのかという歴史的過程の検証であるように思われる。こうした問題を検討することが、今後の課題である。

(はぎわら もとひろ)